



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

La ley positiva en el sistema filosófico de Tomás de Aquino y su aporte a la filosofía contemporánea del derecho: una lectura desde el realismo jurídico clásico*

Karen Andrea Castrillón Cocunubo**

Resumen

El artículo, aborda desde el pensamiento de Tomás de Aquino, la ley positiva desde la perspectiva del realismo jurídico clásico y desde el libro V de la obra (ética a nicómaco) del Estagirita, expone que la ley positiva es la expresión de la filosofía práctica, y que De Aquino (s.f.) define: “como la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (p. 1), la ley positiva expuesta por el Aquinate, ha de ser útil, justa, estable y fundamentada a la filosofía contemporánea, como regla y medida del derecho; pues regula la conducta humana limitando el derecho, y por qué la decisión jurídica pasa por una interpretación ontológica y definitiva de lo “justo” y de lo “debido”, para que el jurista, pueda discernir entre lo justo e injusto de las relaciones sociales.

En desarrollo del presente trabajo se resolverá la siguiente pregunta ¿es la ley positiva, como regla y medida que es del derecho, la que orienta la conducta humana al acto justo dentro de la concepción tomista y cuál es su aporte a la filosofía contemporánea del derecho?

Palabras claves: Tomás de Aquino, Aristóteles, realismo filosófico, ley positiva, ley natural, título, medida, justo, justicia, Colombia.

* Artículo de Reflexión presentado como Trabajo de Grado para optar al Título de Abogada, bajo la Dirección del Dr. Jorge Enrique León Molina docente de la Facultad de Derecho. Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá D.C. 2020.

** Karen Andrea Castrillón Cocunubo. Optante al Título de Abogada. Universidad Católica de Colombia. Código2110881. E. mail.kacastrillon81@ucatolica.edu.co

The positive law in the philosophical system of Tomás Aquino and its contribution to the contemporary philosophy of law: a reading from the classic legal realism

Abstract:

The article addresses, from the thought of Tomás de Aquino, Aristotle's greatest and most important commentator, the positive law from the perspective of classical legal realism and from book V of the work, the nicotymous ethic of the Stagirite, when he states that the positive law is the expression of practical philosophy, and De Aquino (s.f.) defines: "as the ordinance of reason directed at the common good and promulgated by the person in charge of the care of the community" (p. 1), thus the positive law set forth by The Aquinate, must be useful, fair, stable and foundation to contemporary philosophy, as a rule and measure of law, as a rule in law regulates human behavior towards the just, as a measure insofar as it sets limits to law, and why the legal decision goes through an ontological and definitive interpretation of the "just" and the "due", as a judicial exercise through the practical science of law by the jurist, who must be able to distinguish between what is just and unfair of social relations.

Keywords: Thomas Aquinas, Aristotle, philosophical realism, positive law, natural law, title, measure, just, justice, Colombia.

Sumario

Introducción. Metodología. 1. Antecedentes. 2. El acto humano. 3. La ley positiva en Tomás de Aquino. 4. Le ley como regla y medida del derecho. 5. La ley positiva y la iusfilosofía contemporánea. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Es Tomás de Aquino, el más grande y principal comentarista de Aristóteles (1998), quien en su vida contemplativa como mendicante dominico y utilizando su inteligencia, que es la luz natural de la razón, al tratar sobre la ley positiva, toma las enseñanzas del Estagirita, expuestas en el libro V de su obra la *Ética a Nicómaco*, cuando afirma este último, que la “ley positiva es la expresión de la filosofía práctica”, y que De Aquino (s.f) define: “como la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (p. 1); así la ley positiva ha de ser útil, justa, estable, y el objeto de estudio de este trabajo, entendida como regla y medida del derecho que orienta la conducta humana al acto justo, es decir a la realización de la justicia, que como ya se dejó dicho es lo justo el objeto formal de estudio de la ciencia jurídica; como regla la ley ha de regular la conducta humana al fin ya antes indicado y como medida de poner límites al derecho, toda vez que ningún derecho es ilimitado, luego lo que se pretende con el desarrollo del trabajo es demostrar el **Problema Jurídico** ¿cómo la ley positiva debe contener en sí misma un presupuesto de conducta justa que de su aplicación no se vulnere la dignidad de la persona humana, persona que es fundamento del ser del derecho?. El pensamiento del Aquinante en relación con la ley positiva, ha de ser igualmente objeto de estudio en cuanto ha influenciado el pensamiento de los filósofos contemporáneos, cuando se cuestionan si toda ley debe ser obedecida cuando abiertamente lesiona al derecho como lo justo.

El presente artículo se estructura teniendo como un primer acápite los antecedentes donde se especificaran los orígenes del estudio de la ley positiva, en el segundo acápite se abordará el acto humano desde diferentes enfoques, en el tercer acápite se realizará un estudio sobre la ley positiva en Tomás de Aquino, en el cuarto acápite se abordará la ley como regla y medida del derecho, en el quinto acápite se hará un análisis sobre la ley positiva y la iusfilosofía contemporánea.

Metodología

La metodología utilizada en la elaboración del presente trabajo, desde donde se abordó el problema jurídico, fue de carácter deductivo, con un enfoque jurídico-filosófico, ya que permite el acercamiento al conocimiento jurídico desde la dogmática y la hermenéutica como disciplinas de la filosofía del derecho y la teoría jurídica, introduciéndonos primeramente en el conocimiento de lo que es un sistema, una escuela y una teoría de pensamiento filosófico, para luego acercarnos al pensamiento de Tomás de Aquino, desde la escuela del realismo filosófico que funda su quehacer en la realidad, como presupuesto del conocimiento.

1. Antecedentes

Para el año 2003, estaba vigente el Decreto 2802 del 20 de diciembre de 2001 expedido por el Ministerio de Educación Nacional, que en su artículo 4 numeral 1 ordinal “a”, establecía la necesidad de impartir “una sólida formación jurídica, humanística y ética, que garantice un ejercicio profesional en beneficio de la sociedad” (p. 2).

En desarrollo de este cometido, la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, había ya emprendido las reflexiones previas para determinar los ejes de formación sobre los cuales habría de estructurarse el conocimiento jurídico de los futuros juristas, en correspondencia con la misión y el proyecto educativo institucional y el proyecto educativo del programa, que permitiera fijar la especificidad de formación jurídica.

Con los anteriores antecedentes, se propuso inicialmente fundamentar el programa de derecho sobre tres ejes de formación que serían el fundamento de su estructura epistemológica que habrían de dar cuenta de la opción curricular, así como de su especificidad en torno a la formación del profesional del derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia (2003); estos tres ejes son los siguientes:

- a. La formación en los sistemas, escuelas y teorías de pensamiento filosófico.

- b. La formación en la justicia, como el acto propio del jurista y al cual se dirige la ciencia del Derecho.
- c. La formación en la legislación como título, regla y medida del derecho (p.6).

Posteriormente a estos tres, en el 2012 se propuso en el Proyecto Educativo del Programa PEP un cuarto eje de formación orientado al estudio socio-jurídico (Universidad Católica de Colombia, 2012), sin embargo este trabajo ha de versar sobre el tercer eje de formación, que tiene por objeto el estudio de la ley positiva, “como el principal instrumento del derecho en procura de la acción justa” (Hervada, 2005, p 99), que ha sido definida por De Aquino (1949) “como la ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada por el que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (S. Th., I, II, q. 95. Art. 2), que “la ley positiva es una expresión de la ley natural que, a la vez, es una expresión de la ley eterna” (De Aquino, s.f., p. 1).

Los diferentes sistemas jurídicos según Vallejo y Vigo (2017):

En los tiempos modernos son claros ejemplos de la ley positiva. Lo único que varía es el fundamento de su legitimidad que, según Tomás de Aquino, viene dado por el propio Dios, mientras que en la época actual viene dada por convención o *nómos* que tiene el significado de ley y costumbre creado por el hombre, frente a la realidad en sí de las cosas, que es independiente de las creencias o las costumbres humanas. (p. 36)

“Lo que sí se mantiene vigente es el propio concepto de la ley y la esencia misma la lleva a ser obligatoria en su ejecución” (Rojas, 2018, p. 58), que igualmente remite directamente a la noción de movimiento. En efecto, todo aquello que tiende o se dirige hacia un fin, lo ha de hacer de una determinada manera, de no ser así, el movimiento no llegaría a su fin sino que llegaría a cualquier parte, En este sentido muy amplio la ley es la manera o forma del movimiento que le confiere orden y lo lleva a su fin; así el movimiento físico por

ejemplo tiene unas leyes que son estudiadas por la ciencia física mediante fórmulas matemáticas; también los seres vivos tienen movimientos que se expresan en las leyes que ordenan ese movimiento hacia su fin y que son estudiadas por la biología, en tanto que la conducta humana tiene leyes que expresan el orden de dicha conducta y los mejores medios para conseguir el fin que se pretende con la acción (Universidad Católica de Colombia, 2003, p. 19).

La ley positiva tiene una serie de propiedades, que se mantienen desde el momento en el que se definió este concepto. Así, la ley positiva ha de ser útil, justa y estable. No puede estar basada en normas que no se puedan cumplir, pues ha de ser físicamente posible y éticamente aceptable. Se tiene que adaptar a las circunstancias actuales, ha de ser necesaria y, tal vez lo más importante, ha de estar dictada en beneficio del bien común de la sociedad.

La ley positiva viene a completar la ley natural en cuanto la regula, que es la que determina el concepto general del bien y el mal, pero no establece las conductas concretas. En este sentido, el legislador que es el que establece la ley positiva ha de tratar por todos los medios que esta cumpla con los principios básicos de la ley natural. En las circunstancias que esto no ocurre o suceda se pueden producir actitudes como la objeción de conciencia o desobediencia civil que, pese a poder ser no legales, son éticamente y moralmente aceptables (Hervada, 1995, p. 375).

“Si el objeto material de estudio de la ciencia jurídica, es la conducta humana o los actos humanos debe ésta estar regulada esencialmente por la ley positiva conforme al derecho natural y a un fin” (Rojas, 2018, p. 31), y “ese fin desde el realismo jurídico clásico no es otro que su objeto formal, es decir lo justo que es el objeto de la justicia” (Rojas, 2012, p. 77) que tiene para el derecho un doble objeto:

La conducta o acción humana como virtud realizadora del acto justo y el objeto exterior a la que está dirigida y en la cual termina la acción que se da

en la realización o materialización del derecho como el arte de dar a cada quien lo suyo (Herrera, 1987, p. 55).

En atención a lo anterior, y si es la conducta humana el objeto de regulación de la ley positiva, entendida como una modalidad del derecho positivo, por ser una norma legislada (Rojas, 2018) es decir impuesta principalmente por el órgano legislativo, cuyo contenido, que es dado, por la fuente material del derecho, debe ser justo, es decir conforme a la ley natural y no violatoria de la condición humana del hombre como fundamento del derecho.

Ahora bien, si es la ley positiva, el objeto de estudio de este trabajo con las características, ya aquí descritas, no es la única ley como ya se dejó dicho; pero si lo es, en cuanto es dada por el hombre, que “por ser causa y regla o medida del derecho, es ley jurídica, y por tanto diferente a aquellas leyes políticas, en tanto que regulan las conductas de los ciudadanos conforme al bien común” (Hervada, 2005, p. 35).

Es en Tomás de Aquino, que encontramos la afirmación, que es la inteligencia que es la luz natural de la razón humana, que es capaz de describir que la norma de derecho o ley jurídica proviene del ser y de las exigencias del fin último de la persona humana, por la que podemos discernir lo justo e injusto del acto humano. Pero, las normas jurídicas, que constituyen la verdad ontológica, son el ser y sus principios que constituyen y regulan la realidad; realidad que resulta de la adecuación del sujeto cognoscente y el objeto de estudio.

Nótese entonces, que es la inteligencia la que lee mediante un acto de razón y no de voluntad, cuyo objeto propio es apetecer, no siendo la ley positiva o por lo tanto ley jurídica entonces un acto de apetencia, sino un acto de lectura de la realidad, por lo tanto la ley es algo intrínseco a los seres y su función es ordenar conforme a un fin que corresponde a los seres, a la sociedad o al hombre, de ahí la expresión obligar no en el sentido peyorativo, sino en el acto de expresar el vínculo que ha de existir entre el acto humano y la realidad.

2. El acto humano

Para el derecho, que atiende a la conducta del hombre que es persona o de manera más específica al acto humano, es entonces importante tanto el estudio del aspecto metafísico de orden natural, en relación con la realidad y la capacidad real del hombre en cuanto es persona para entender y querer esa realidad, que es el presupuesto de la verdad y esto, obviamente sin olvidar su finitud, su fin, lo justo, luego deben existir un objeto aprehensible y un sujeto aprehendiente, siendo prioridad el objeto, esto desde el realismo, que para el derecho, en este caso lo es el hombre como su fundamento antropológico; y de manera particular del hombre, lo es el acto humano, como su objeto material de estudio que se orienta a su fin, que es su objeto formal de estudio, lo justo, que consiste en dar a cada uno lo suyo (Hervada, 2000; 2005).

Si el hombre es persona, y lo que el derecho estudia del hombre es el acto humano en cuanto es persona, se hace necesario hacer referencia así sea brevemente en señalar lo más evidente: que el hombre es persona y la persona es lo más perfecto de la naturaleza, que se define siguiendo en esto a Boecio y Tomás de Aquino, como “sustancia individual de naturaleza racional” (Martí-Andrès, 2009, p. 153).

Mazzoni (2006) la especifica de la siguiente manera:

- a) La sustancia designa una realidad que existe en sí misma y por sí misma, que subsiste. Esto significa una unidad subsistente compuesta, al igual que todo ente físico, de materia y forma, en este caso, de cuerpo y alma.
- b) Unidad individual en cuanto es único, irrepetible e indiviso con respecto a sí mismo pero diviso en relación con los otros seres. Así cada hombre es una totalidad con un centro unitario, el yo, que no sólo se distingue de los seres de otras especies sino también de los de su misma especie. Cada persona tiene su propio rostro irreproducible, sus accidentes que lo configuran en lo concreto, su historia y bibliografía y su obrar libremente.

- c) Y su diferencia específica: la naturaleza racional que indica su índole espiritual, esto es, el alma humana que tiene como potencias propias y originales la inteligencia y la voluntad libre

Por la primera facultad es capaz, trascendiendo los sentidos, de llegar, aunque sin agotar, a la esencia misma de las cosas, a su quiddidad*, el qué. Y por su voluntad es capaz de querer el bien que la inteligencia le presenta y libremente determinarse frente a él. Estas dos capacidades revelan la presencia de una dimensión inmaterial en el hombre, esto es, su espiritualidad (pp. 42-43).

De lo anterior, se desprende que son dos los elementos de acto humano, la voluntad y la inteligencia que es la luz natural de la razón.

Que tienen un trasfondo y un sentido claro: la sustitución de la violencia y de la arbitrariedad por un procedimiento que garantice, de una manera mucho más humana, las legítimas aspiraciones y derechos de las personas, con la convicción de que el Derecho y, más en concreto, el oficio del jurista, está al servicio de la erradicación de la violencia y la injusticia en cualquier circunstancia (Aparisi, 2009, p. 191).

Por ello, “el jurista, cuando trabaja a favor de la justicia, también lo hace, en última instancia, en defensa de la paz que toda sociedad necesita para su armónico desarrollo” (Aparisi, 2009, p. 191).

De Aquino (citado por Mazzoni, 2006) distingue dos tipos de conductas o actos humanos:

* El término quiddidad designa la esencia en cuanto conocida; proviene del pronombre latino *quid*, el qué (Mazzoni, 2006, p. 43)

Los **actos humanos** (*actus humanus*) son los realizados con conciencia y libertad y suponen por lo tanto una preferencia activa. Ej: mentir o dar una limosna son actos humanos

Actos del hombre (*actus homini*) en estos no intervienen la deliberación y la voluntad explícita y por ende no son morales. Respirar o hacer la digestión son actos del hombre (p. 19).

Echegoyen (1996) en su obra “Filosofía Medieval y Moderna” da a conocer lo dicho por De Aquino en la Suma Teológica I-II, cuestión 6, artículo 1 respecto a la conducta humana:

Es necesario que en los actos humanos este presente la voluntad, cuyo principio de algunos de los actos o movimientos está en el agente que los ejecuta, o en lo que es movido; mientras que el principio de otros movimientos o actos está fuera, porque, cuando una piedra se mueve hacia arriba, el principio de esta moción es exterior a la piedra, pero cuando se mueve hacia abajo, el principio de esta moción está en la piedra misma.

Ahora bien, de los que se mueven por un principio intrínseco, unos se mueven a sí mismos como lo son los entes vivos y otros no, como lo son los entes inertes; porque, como todo agente actúa o todo movimiento se mueve por un fin, según se determinó antes (q.1 a.2). Se mueven perfectamente por un principio intrínseco aquellos seres en los que se da este principio no sólo para moverse, sino también para moverse al fin. Pero para que algo llegue a hacerse por un fin, se requiere algún conocimiento del fin. Así, pues, lo que obra de este modo o es movido por un principio intrínseco que tiene algún conocimiento del fin, tiene en sí mismo el principio de la acción o del movimiento, no sólo para obrar, sino también para obrar por un fin. Mientras que en lo que carece de conocimiento del fin, aunque esté en ello el principio de la acción o del movimiento, no se halla en ello el principio de su obrar o moverse por un fin, sino en otro, que le imprime el principio de su movimiento

hacia el fin. Por eso no se dice que estos seres se muevan a sí mismos, sino que los mueven otros. Pero se dice que se mueven a sí mismas las cosas que tienen conocimiento del fin, porque está en ellas el principio no sólo para obrar, sino para obrar por un fin. En consecuencia, cuando tanto el obrar como el obrar por un fin se deben a un principio intrínseco, estos movimientos y actos se llaman voluntarios; pues el término voluntario implica esto, que el movimiento y el acto se deben a la propia inclinación. Y por eso se dice que lo voluntario es, según la definición de Aristóteles, Gregorio Niseno y del Damasceno no sólo *aquello cuyo principio está dentro*, sino con el añadido de *conocimiento*. Por consiguiente, en los actos del hombre se encuentra plenamente lo voluntario, porque él conoce perfectamente el fin de su obrar y se mueve a sí mismo (p. 1).

En razón de lo anteriormente expuesto y en consideración como ya se ha dejado dicho, que el acto humano es objeto de la ciencia jurídica, en cuanto es, en principio objeto de regulación de la ley positiva humana, por cuanto tiene por fundamento, que el que el hombre, que es persona goza por naturaleza de tener voluntad y libertad, se hace responsable de su actuar ante la sociedad, en las dimensiones: ética, política y jurídica.

3. La ley positiva en Tomás de Aquino

Si al definir el derecho como "*ipsa res iusta*" pareciera que la ley no tiene nada más que hacer en el mundo de lo jurídico. "¿Lo definido no debe encontrarse totalmente en su definición?" (Graneris, 1949, p. 29). Por lo tanto, De Aquino (1949) si se dice que el derecho es una cosa, en ella debe agotarse, y no hay ninguna necesidad de recurrir a la ley para completar su concepto. Sin embargo no es así, ya que la ley, si bien no es el derecho propiamente dicho, de algún modo es la razón y uno de los principales elementos del derecho junto a la cosa justa (S. Th., II-II, 57, 1 ad 2).

Luego si queremos alcanzar un conocimiento integral del derecho, debemos sin duda alguna estudiar igualmente esta *ratio* que es la ley, en tanto la ley entra en el campo jurídico, y entra allí como expresión de aquella relación por la cual las cosas se llaman *justs* o injustas y constituyen derecho, porque comporta un entrelazamiento de actos humanos, modelados sobre aquellas relaciones reales, y el hombre no puede uniformar su conducta a las exigencias de las cosa sino expresándose a sí mismo esas exigencias en una idea, que tiende a concretarse en una fórmula, que al transcribir la situación objetiva se transforma en la norma de los actos humanos correspondiente a ella (Graneris, 1949).

Siendo entonces la ley un factor fundamental del derecho, Tomás de Aquino (citado por Maqueda, 2010) coloca a la ley en el orden a los fines. De ahí su definición eminentemente finalista de ley: “La ley no es nada más que una ordenación de la razón en pos del bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad para el bien común” (p. 470). Para el Aquinate, la ley es “ordenación de la razón”, afirmación que determina el pensamiento que sobre la ley tiene Tomás de Aquino (S. Th., q. 90, art. 4, corpus) y que se lee: “Et sic ex quatuor praedictis potest colligi definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgat”. (p. 814)

Esta definición, que es traducida por Ismael Quiles como “cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”, según el mismo autor es clásica entre los escolásticos, pues en una breve oración aparecen las notas definitorias esenciales, por poner en primer plano a la razón, por ejemplo un jurista tomista no buscaría primordialmente la “voluntad del legislador”, sino la “razón del legislador”, y el legislador y el político dejarían guiar su voluntad por la razón, sin olvidar por ello que la razón y la voluntad se “causan” mutuamente, aunque no sean las mismas causas en cada causación (Medrano, 2009, p. 148-149).

La anterior definición dada por Tomás de Aquino, se acostumbra ser interpretada según la doctrina de las cuatro causas, aunque no hay un total acuerdo entre los autores respecto del lugar de la causa material en la misma, de cuya aplicación se establece que:

- a. La razón en cuanto a su uso práctico sería la causa material. Aquellos que sostienen esta tesis se fundamentan en lo expuesto por el Aquinate en sus reflexiones (S. Th., q. 90 I-II, art. 1): “la ley es algo propio de la razón” y, también: “esas proposiciones universales de la razón práctica en orden a la operación tienen razón de ley” (S. Th., I-II, art. 2).
- b. El ordenamiento de la razón sería la causa formal. Según Tomás de Aquino “La ley es una cierta regla y medida de los actos en cuanto alguien se mueve por ella a actuar, o por ella se abstiene de una acción; pues la ley viene de “ligar” porque obliga a actuar” (S. Th., I-II, q. 90 art. 1, corpus citado por Ruiz, 2012, p. 37).
- c. La aplicación al bien común de ese ordenamiento es la causa final. El fin de la ley en Tomás de Aquino, es el bien común, que es el fin que la legitima, y sobre el bien común que es el fin de la ciencia política, ha de entenderse como el mayor bien al que aspira la comunidad y que consiste en la felicidad, que es el fin necesario de toda ley.
- d. El legislador es la causa eficiente. La ley en su trámite y promulgación no puede ser obra de cualquiera, sino de quien tiene la responsabilidad de hacer la ley en la comunidad, y esa responsabilidad debe ejercida por quien sea designado teniendo claridad de cuál es el fin de la ley.
- e. La promulgación sería una condición necesaria para que la ley adquiriera su carácter obligatorio y aquí se hace referencia a la publicación que hace quien a sido designado para ello, de esta manera, el destinatario de la ley conoce su contenido y puede cumplirlo, luego la aplicación de la ley depende del conocimiento que da su promulgación, al que los súbditos adhieren con razón y respetan por su voluntad.

Ahora bien sobre la ley humana positiva en Tomás de Aquino, ha de ser en cuanto se da según la recta razón. Y según esto, es claro que se deriva de la ley eterna ya que el Aquinate a diferencia de muchos otros iusfilósofos, percibe las leyes en la tierra y en el cielo, uniendo en un nexo causal todo lo real, desde Dios hasta la materia primera y puesto que el derecho pertenece a las cosas humanas, sus leyes deberán dirigirse al hombre como su destinatario propio, sin olvidar que en el Aquinate no todas las leyes se dirigen al hombre, si bien algunas tienen también otros destinatarios, así “la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la creatura racional” (Graneris, 1949, p. 37) y la ley jurídica es la que tiene en consecuencia, por objeto el *ius* entendido dentro del sistema tomista, cuyas características o notas del *ius* en relación con la ley son las siguientes:

La primera hace referencia a las acciones y cosas exteriores:

No podrá ser jurídica una ley que regule actos meramente interiores. Sin embargo sería falso decir que ella deba tener por objeto actos meramente externos, pues tales actos no serían humanos, es decir, estarían sustraídos a nuestro dominio, y así resultaría absurda la pretensión de regularlos (S. Th., II-II, q. 58 art. 8).

La segunda trata de la alteridad al referirse a la noción de justicia al referirse al otro (S Th., II-II, q. 58 art. 2). Por lo tanto para que la ley sea jurídica, es necesario que regule actos que tengan cierto interés para una persona. De este modo la ley regula relaciones entre dos o más personas, sujetos de las relaciones mismas, y en ese sentido de alteridad toma el nombre de *intersub-jetividad*. “Se llama también *bilateralidad*, en cuanto el sujeto que tiene interés está autorizado para exigir al sujeto obligado la prestación debida” (Graneris, 1949, p. 40).

La tercera hace referencia a la ley jurídica en cuanto tal es la de poder cumplirse al momento de la ejecución, es decir, la posible prestación amoral del *ius* mismo, ya que la ley

muchas veces puede nacer de otras fuentes (morales, religiosas) por lo tanto dejaría de ser jurídica (Graneris, 1949).

La cuarta prerrogativa es la coactividad, que es el aspecto exterior del precedente, y fue siempre unida al derecho como un medio por el cual los sujetos “*protervi et ad vita proni... per vim vel metum cohiberentur a malo*” (protervos y propensos a los vicios... se apartan del mal por la fuerza o el miedo): o sea es el miedo o el modo por el cual la ley jurídica llega a actuarse superando la inercia o venciendo la oposición del sujeto obligado a cumplirla (Graneris, 1949, p. 40 y 41).

4. La ley como regla y medida del derecho

El arte del derecho tiene por objeto *decir el derecho (iuris dictio)*, determinar los derechos de las personas y su extensión. En otras palabras: tiene por objeto determinar el *título* y la *medida* del derecho. El título es aquello en lo que tiene origen el derecho, o dicho de otra manera, es lo que causa la atribución de la cosa a un sujeto determinado (Hervada, 2005, p. 35).

La medida es aquella que fija los límites del derecho, ya que ningún derecho es ilimitado, ni todos los derechos son iguales, es así que:

Tanto las leyes como los contratos que otorgan unos derechos pueden contener cláusulas que les dé mayor o menor amplitud; con el título y la medida, el jurista descubre *lo justo* lo que corresponde al titular del derecho, ni más ni menos” (Hervada, 2005, p. 36).

En atención a lo anterior es importante hacer claridad que una cosa es el título y otra cosa distinta es el fundamento del derecho. El título como ya se dejó dicho “es lo que atribuye una cosa a un sujeto como derecho, en tanto que el fundamento es aquello en cuya un sujeto puede ser sujeto de derecho o de determinados derechos” (Hervada, 2005, p. 36); luego “la

principal consecuencia de las diferencias entre fundamento y título, consiste en que el fundamento posibilita para ser titular de un derecho, pero no otorga el derecho, que nace con el título” (Hervada, 2005, pp. 36-37).

En atención a lo anterior la ley resulta ser regla en cuanto es premisa de la acción y en este sentido actúa como principio práctico de la conducta o del acto humano y no como conclusión. La conclusión o ejecución del presupuesto de conducta está establecido en el obrar de cada persona y se expresa en el modo de conducirse; ahora bien, el estatuto de la razón práctica es, como su mismo nombre lo expresa, de naturaleza racional (Castaño, (2013), pero esto no quiere decir que sea reaccionalista en el sentido de que sólo se hagan procesos de verificación o deducciones lógicas de la conducta con respecto a las premisas o principios, porque si bien ello puede estar adecuado a las reglas de la lógica, también resulta extraño a la lógica de la conducta humana, en otros términos, la vida humana que se teje al través de las acciones prácticas, es libre y no necesaria, siendo el fundamento de la ley ha de buscarse en un orden en el que la libertad humana se encuentre plenamente expresada, ya que toda legislación exigen que el sujeto jurídico actúe con capacidad y consentimiento libre para ser considerado como tal, ya que la naturaleza de la ley, que trata de una realidad, es la realidad de la conducta humana libre, que liga al hombre en sus relaciones con los demás y la sociedad en general, en orden a la ordenación de esa conducta hacia el bien social (Philosophica Juris, 2002, p. 20 y 21).

De la ley al jurista no le basta saber sobre el texto sino su fundamento, su sentido, su finalidad, el interés que protege, la estructura con la que se formula y las reglas de su interpretación, por eso el jurista se llama por analogía a hombre de leyes; la ley tiene sentido con respecto al derecho de las personas. La escuela que reduce el derecho a la ley se llama normativismo jurídico y ha creado la tendencia generalizada a que saber de derecho es sólo saber de leyes. Sin embargo la ley y el derecho son dos cosas distintas, el derecho es lo le pertenece a un sujeto. La ley por su parte es una regla de conducta con fuerza vinculante de un sujeto a otro o a la sociedad. Así, la ley con respecto al

derecho tiene dos funciones principales, como ya se dejó dicho: la primera servir de título jurídico, en unas ocasiones por sí misma y en otras de manera conjunta con otros actos. La segunda función de la ley con respecto al derecho es la de ser medida, modo, instrumento y expresión del derecho (Philosophica Juris, 2002, p. 25 y 26).

5. La ley positiva y la iusfilosofía contemporánea

Sabemos que Kant (1977)), desarrollando su dicotomía favorita, establece una confrontación entre ley moral y la ley jurídica, y anuncia el criterio distintivo diciendo que la “ley moral manda el deber y determina también el motivo (impulso) por el cual debe hacerse; la ley jurídica, en cambio, ordena sólo el deber y se desinteresa del motivo por el cual será hecho” (Graneris, 1949, p. 47).

Esta frase, que reproduce con exactitud el pensamiento kantiano, parece una traducción libre del inciso tomista “*etiam non considerato qualiter ab agente an agente fiat*”. Y nuestra sorpresa puede creer aún más si confrontamos todo el trozo de Kant con el artículo entero de Tomás de Aquino donde se pregunta si la ley se interesa por el modo cómo es observada (*Utrum modus virtutis cadat praecepto legis*) [Si el modo virtuoso cae bajo el precepto de la ley] (S. Th., I-II, q. 100 art. 9) y responde distinguiendo y enseñando que el modo virtuoso de obrar consta de tres elementos: ciencia, voluntad, hábito. El primero lo requieren la ley divina y la humana; el segundo (es decir, *ut aliquis operetur volens vel eligens et propter hoc eligens* [de modo que alguien obre queriendo o eligiendo y por eso elige]) es mandado por la ley divina, pero no por la humana. Es difícil sustraerse aquí a una confrontación con Kant, y creo que el pensamiento del brumoso filósofo moderno incide con el del límpido teólogo medieval. Porque el tomista *eligens et propter hoc eligens* equivale al binomio kantiano acción e impulso y las leyes divinas y humanas del teólogo

de Aquino corresponde a la legislación moral y jurídica del filósofo de Königsberg (Graneris, 1949, p. 47 y 48).

Continúa Graneris (1949) es innegable que nos encontramos frente a un punto de contacto entre los dos pensadores, quizás inesperado e insospechado, si Kant ha pensado a veces la verdad (¿y cómo negarlo?), ¿por qué no ha podido o no ha debido pensarla en armonía con Tomás de Aquino, si bien lo conocía tan poco? Los dos grandes se han encontrado en reconocer la exterioridad de la norma jurídica, y por lo tanto su posible ejecución *quocumque animo*; han visto el valor social de tal observación y la han aceptado, denunciando sin embargo su inferioridad frente a la moral, que inviste todo nuestro ánimo. Pero habiéndose estrechado la mano (¿sin saberlo?) en este punto de su meditabundo camino, se separan inmediatamente y cada uno retoma la propia vía. “Kant se engolfa en su formalismo racionalista y Tomás de Aquino se adentra en su realismo impregnado de religiosidad” (Graneris, 1949, p. 48).

De lo anterior que se concluye que el formalismo kantiano puede mantener la separación entre “*quid ius*” del “*quid iuris*” mientras que el realismo tomista, no.

Sobre Kelsen (1979) en su obra: “La teoría pura del derecho”, expone su teoría del derecho positivo a partir del conocimiento de la norma, siendo éste su objeto central en su obra, eliminando todos los elementos extraños al derecho, como: “relaciones de poder”, “comportamiento humano en función de los sentimientos”, “emociones”, “relaciones reguladas por las intenciones”, “creencia religiosas” y “problemas de fe”, etc.

En relación con el lenguaje Kelsen (1979) expone el usado en la ciencias naturales, no puede explicar el fenómeno social por ser este descriptivo o enunciativo (Si A entonces B); mientras que el lenguaje utilizado por las ciencias sociales, es el expresado por la voluntad y debe ser descrito a través de una regla de derecho basado en el principio de imputación (Si A entonces debería ser B).

Kelsen (citado por Cárdenas –Sierra, 2006) plantea entonces las diferencias entre norma y regla en los siguientes términos:

1. La norma impone obligaciones y confiere derechos subjetivos (y se le puede considerar justa e injusta) en tanto que la regla de derecho carece de los efectos antes indicados y sólo tiene un estimativo lógico como verdadera o falsa.
2. La norma jurídica es un acto de la voluntad, mientras que la regla de derecho es un acto del conocimiento.
3. La norma jurídica es un juicio imperativo, en tanto que la regla de derecho es un juicio hipotético.
4. La norma jurídica establece relación entre el hecho ilícito y la sanción (norma primaria); la regla de derecho (norma secundaria) prescribe la conducta la conducta que los sujetos de derecho deben realizar para evitar la sanción (p. 154).

Se concluye siendo el pensamiento de Kelsen (1979) que “una regla secundaria supone una regla primaria - (principio de identidad) - toda vez que el derecho, es definido como un orden coercitivo” (p. 47).

Ahora bien sobre el acto, Kelsen (1979) considera que se debe diferenciar el sentido de lo que se percibe y el sentido de lo percibido diferencia que solo es posible mediante un proceso interpretativo a la luz de un sistema de referencia. Actos de los legisladores – hacer leyes; pero el sentido jurídico de estas lo establecen la razón hermenéutica de la ciencia del derecho, basado en la “norma fundamental”.

En esta relación se presentan dos tipos de significados según Kelsen (citado por Kelsen Cárdenas –Sierra, 2006) “el subjetivo de los sujetos de las relaciones jurídicas, el objetivo, descubierto por la ciencia del derecho” (p. 154)

Ejemplo: Un falso capitán de un pueblo, pide al alcalde fondos para el ejército. El sentido subjetivo del alcalde era que se trataba de un acto administrativo; el sentido descubierto por el juez era que se había cometido un delito (Cárdenas –Sierra, 2006, p. 154).

En este orden de ideas el objeto de la ciencia del derecho no son los hechos sociales que la norma disciplina, sino el significado que ésta tiene dentro del sistema jurídico

Para Kelsen (1979 citado por Cárdenas –Sierra, 2006) la anterior distinción le sirve “para mostrar cómo lo que “es” (el acto) no puede ser objeto de la ciencia del derecho” (p. 155). Lo único objetivo que puede serlo, y, por tanto, científico, es lo que “debe ser” (su significación objetiva). “Si la condición A se realiza -el acto ilícito-, entonces *debe ser* B la consecuencia, que es una sanción” (Kelsen, 1979 citado por Cárdenas –Sierra, 2006, p. 155).

Lo anterior nos indica que:

El nexo entre la condición y la consecuencia sería su significación objetiva”; es decir, el significado dado por una norma del sistema jurídico, que a la vez es referencia del acto humano lo que permite privar el ejercicio hermenéutico de todo contenido voluntarista o psicológico (Kelsen, 1979 citado por Cárdenas –Sierra, 2006, p. 155).

Kelsen (citado por Cárdenas –Sierra, 2006) precisa sobre la función de norma: “No hay norma jurídica que prohíba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio” (p. 156).

¿Pero qué podría decir el gran autor medieval acerca de la distinción entre norma jurídica y regla de derecho? ¿Tendría para él importancia la distinción entre acto y significación? ¿Qué nos dice acerca del papel Juez?

Frente a lo anterior el Aquinate (citado por Cárdenas -Sierra, 2006) expone:

El conocimiento del derecho no consiste solamente en la comprensión de la ley escrita, pues el derecho no consiste fundamentalmente en la ley, que es apenas su “mesura”, ya que en palabras del jurisconsulto Paulo “una regla jurídica es aquella que brevemente describe la cosa que es. No para que se tome el derecho de la regla, sino que el derecho (cosa justa), que es, se haga la regla. Así pues, el papel de la regla es dar cuenta abreviada de las cosas (p. 157).

Para este mismo autor:

La regla normativa, brota del conocimiento del sistema codificado, dentro del cual existen distintos niveles normativos a partir de las constituciones imperiales o pontificias Pero esta regla normativa no es todo el derecho, sino un paso racional para ayudar a comprender el derecho (p. 149)

Continuando con por Cárdenas -Sierra, (2006):

Como decía el jurisconsulto Paulo la ‘Regla del Derecho? Decisiva es aquella que se toma de las cosas o de la “naturaleza de la cosa”, objeto debido u ocasión de una relación intersubjetiva [...]. Existen dos clases de regula iuris: a) la que describe cosas, y b) la que explica normas. Ambas son necesarias para quien hace justicia: atenerse prudentemente a los datos de la realidad y auxiliarse por la razón acumulada de quienes han mantenido la tradición jurídica.

En lo referente al papel del Juez, Tomas de Aquino (citado por Cárdenas -Sierra, 2006) dice que es ante todo:

Un prudente experto en situaciones y casos de la vida real, le corresponde producir *regula iuris* que no solo lo guíen en la comprensión del marco normativo, que además debe respetar, sino ante todo construir *regula iuris* que le permitan resolver el caso y Odar el derecho [...]: la *natura rei*, junto con el espíritu de la ley y las exigencias del bien común, deben guiarlo y convertirlo en legislador particular. ((pp. 157)

Conclusión

A manera de conclusión la ley positiva entendida como puesta por el hombre bien de manera escrita o mediante la costumbre, que ha sido expuesta durante el desarrollo del presente escrito, ha de ser útil, justa, estable y fundamento a la filosofía del derecho y de la teoría jurídica contemporánea, como instrumento, regla y medida del derecho; como instrumento en cuanto le sirve al derecho para el cumplimiento de sus fines; como regla ya que regula la conducta humana hacia lo justo, que es el objeto formal de estudio del derecho, entendido lo justo como el dar a cada quien su derecho, lo debido, lo que le corresponde; como medida en cuanto fija límites al derecho ya que ningún derecho es ilimitado, y por qué la decisión jurídica pasa por una interpretación ontológica y definitiva de lo “justo” y de lo “debido”, como un ejercicio judicial a través de la ciencia práctica del derecho por el jurista, quien ha de estar en capacidad de discernir entre lo justo e injusto de las relaciones sociales.

Ahora bien, para que la ley positiva como instrumento, regla y medida del derecho cumpla sus fines debe ser proferida por quien está facultado institucionalmente para ello, siguiendo los requisitos de forma y fondo como lo expone la escuela del realismo jurídico, para la que la misma goce de validez en tanto cumple con los requisitos para su creación y eficacia en cuanto se ajusta a la realidad entendida esta como la adecuación entre el sujeto pensante y el objeto de estudio, esto es el elemento ontológico ya tratado que versa del ser en cuanto es y no como un mero sentir del legislador que parte de la creación de la razón y no del hecho real o de la realidad, teniendo el juzgador un criterio fundado en el conocimiento más allá de toda duda, con base en las pruebas debatidas en juicio y no con pruebas de referencia pues como ya se expuso, dando lugar a posibles leyes con un contenido injusto

que podría vulnerar la dignidad de la persona humana, por ejemplo la legalización de la pena de muerte, del aborto, de la cadena perpetua, que son sin duda alguna conforme a la ley positiva pero no conforme al derecho como lo justo, de lo que se deduce o concluye que no toda ley positiva es justa y lo que reclama la sociedad al derecho como una ciencia práctica en el acto de justicia que de darse garantizaría la paz, como el sumo bien que debe garantizar el Estado.

Referencias

Aparisi Millares, Á. (2009). *Ética y deontología para juristas*. México: Porrúa

Aristóteles. (1998). *Ética a Nicomáquea*, Madrid, Gredos.

Cárdenas-Sierra, C. A. (2006). Tomás De Aquino-Hans Kelsen: Teoría de la “Norma Jurídica” y de la “Regla De Derecho” *Hallazgos*, 6, 149-161.

De Aquino, Th. (s.f.) *Filosofía medieval y moderna*. Recuperado de <https://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/SantoTomas/Ley.htm>

De Aquino, T. (1949). *Suma Teológica*, Buenos Aires: Club de Lectores.

De Aquino, T. (2013) *Suma teológica*, Madrid, BAC, Vol. 6. 1-2 q 95

Echegoyen- Olleta, J. (1996.). Santo Tomás. Ley positiva o ley humana positiva. Conjunto de leyes promulgadas por los Estados. *En Filosofía medieval y moderna* Madrid: Edinumen. Recuperado de <https://www.e-torredebabel.com/Historia-de-la-filosofia/Filosofiamedievalymoderna/SantoTomas/Actosdelhombre.htm>

Graneris, G. (1949). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial

Universitaria de Buenos Aires.

Hervada, J. (1995). *Lecciones Propedeuticas de Filosofía del Derecho*. 5º ed., Pamplona: EUNSA.

Hervada, J. (2000). *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Bogotá: Temis.

Hervada, J. (2005) *¿Qué es el Derecho? La Moderna Respuesta del Realismo Jurídico*. Bogotá: Temis.

Kant, I. (1977) *Crítica de la razón pura*. México: Porrúa

Kelsen, H. (1979) “Teoría Pura del Derecho”. (trad. de Thévenaz autorizada al francés por el autor). Buenos Aires: Eudeba.

Maqueda, S. (2010). El sentido de los elementos del acto administrativo. *Dikaion*, - 19(2), 467-487 -

Martí-Andrés, G. (2009). Sustancia individual de naturaleza racional: el principio personificador y la índole del alma separada. *Metafísica y Persona. Filosofía, conocimiento y vida*, 1, 113-129

Mazzoni, M.C. (2006). *Ética fundamental*. (2ª ed.). Mar de Plata. Universidad de Fasta.

Rojas González, G. (2012) *De la justicia a los derechos fundamentales: una lectura desde el realismo jurídico clásico*: Bogotá D.C: Universidad Católica de Colombia - I Temis.

Rojas González, G. (2018) *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Ed. Universidad Católica de Colombia.

Ruiz, J.L. (2012). *El bien común, en la policía, la justicia y la gobernabilidad (una aproximación jurídico, política desde Santo Tomás de Aquino)*.

Universidad Católica de Colombia. (2003). *Philosophica Iuris*. Rev. Facultad de Derecho, N° 1. Bogotá: UCC.

Universidad Católica de Colombia. (2012). *Proyecto Educativo del Programa PEP*. Bogotá D.C.: UCC. Recuperado de <https://www.ucatolica.edu.co/portal/wp-content/uploads/adjuntos/programas/derecho/pep-derecho.pdf>

Vallejo, Álvaro y Vigo Alejandro G. (2017). *Filósofos griegos: de los sofistas a Aristóteles*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.

Normatividad

Decreto 2802 de 2001 (diciembre 20) Por el cual se reglamentan estándares de calidad para programas profesionales de pregrado en Derecho. Bogotá: Presidencia de la República de Colombia- Ministerio de Educación Nacional. *Diario Oficial* 44.659 del 27 de Diciembre de 2001.